

C.A. de Copiapó

Copiapó, cuatro de enero de dos mil veinticuatro.

VISTOS:

En los autos RUC 2200782845-8, RIT N° 126–2023, la abogada doña Dominique Tamara Legisos Soto, en representación del imputado **HENCI CARRIZO BARRIONUEVO**, interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 06 de noviembre de dos mil veintitrés por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó integrada por los jueces señores Miriam Pérez González — quien presidió —, doña Macarena Muñoz Toro y don Marcelo Martínez Venegas, mediante la cual se condenó al encartado Carrizo Barrionuevo, como autor del delito consumado de robo con intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436, en relación con los artículos 432 y 439 del código penal, a sufrir la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias del artículo 28 del código penal y la incorporación de su huella genética al registro nacional de ADN de conformidad al artículo 17 de la ley 19.970.

Funda su recurso en una única causal la prevista en la letra b) del artículo 373 del código procesal penal, esto es, “cuando en el el pronunciamiento de la sentencia, se hubiera hecho una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Con fecha 15 de diciembre transcurrido se procedió a la vista de la causa, interviniendo en la misma el abogado defensor público del imputado don Rodi Millones y contra el recurso, alegó el abogado y representante del Ministerio Público, don Jorge Gamboa.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente plantea la causal de la letra b) del artículo 373 del código procesal penal, indicando que, la reflexión efectuada sobre la configuración de la circunstancia agravante de reincidencia específica contemplada en el artículo 12 N° 16 del código penal, obedece a una errada interpretación del artículo 12 N° 16, en relación al artículo 104 del Código Penal, lo que se traduce en una errónea aplicación del derecho que ha influido



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: NQXXXKRDZYW

sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al condenar al acusado, a la pena de diez años y un día, más accesorias legales. Refiere que el Ministerio Público solicitó se estimara concurrente la circunstancia agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, la reincidencia específica, fundando su solicitud en la condena que mantiene el imputado ya mencionado, del Juzgado de Garantía de Copiapó, en causa RUC 1501008243-7, RIT 6002 – 2015, en que fue condenado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio en calidad de autor del delito consumado de robo con intimidación, perpetrado en Copiapó el día 21 de octubre de 2015, indicando el tribunal *a quo* de que no han transcurrido los plazos que estipula el artículo 104 del código penal.

Agrega que se solicitó fuese desestimada la concurrencia de dicha circunstancia agravante de responsabilidad penal, en razón de lo dispuesto por el artículo 104 del referido cuerpo legal, por haber transcurrido más de cinco años desde la ocurrencia de los hechos por los que fue condenado a una pena de simple delito, por lo que el fallo impugnado ha infringido las disposiciones legales del artículo 12 N° 16, en relación al artículo 104 del Código Penal, al configurar como circunstancia agravante, en perjuicio de su representado, sin considerar lo establecido en el artículo 104 del Código Penal, que señala: “ Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos”.

Para ilustrar lo dicho por el tribunal al respecto, es que el recurrente transcribe el Considerando Vigésimo del fallo recurrido, el que señala: *“Que perjudica al acusado Carrizo Barrionuevo la circunstancia agravante de reincidencia específica, del artículo 12 número 16 del código penal, acreditada con el mérito de los antecedentes allegados en su oportunidad al proceso para configurarla, en lo pertinente, los documentos consistentes en el Extracto de Filiación y Antecedentes del acusado en el que figuran la anotación de la causa RIT N° 6002/2015, Ruc N° 1501008234-7, del juzgado de garantía de copiapó, condenado con fecha 16 de agosto de 2016, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito consumado de robo con*



intimidación, a lo que debe agregarse la respectiva copia de la sentencia dictada en la causa precipitada, en la fecha antes indicada, en la cual se constata tanto la efectividad del delito por el que se castigó al acusado Carrizo Barrionuevo, el grado de desarrollo del mismo, la calidad de participación que tuvo, y su fecha de comisión, esto es, el 21/10/2015, con lo cual no han transcurrido los plazos que estipula el artículo 104 del código penal.

Si bien la defensa del acusado de autos alegó que no debería aplicarse la agravante en comento en razón de que la pena que se impuso (541 días de presidio menor en su grado medio) fue una pena en concreto de simple delito y que se encontraría prescrita en virtud del artículo 104 del código penal, el tribunal disiente de dicha postura en atención a que entiende que el cómputo del plazo para efectos del tiempo de prescripción del citado artículo está referido a la pena en abstracto, sirviendo para sustentar esta postura lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema en el rol 31209 – 2021, en donde en el motivo 9° señala “que lo cierto es que los sentenciadores aplicaron correctamente el derecho, y es la pretensión del recurrente la equivocada, porque el artículo 104 del código penal, para regular el tiempo durante el cual será aplicable la agravante de reincidencia, atiende no a la pena concreta aplicada en su momento por aquella infracción anterior sino al delito mismo de que se tratare. Los delitos, ya se sabe, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas de acuerdo a su penalidad pero se dividen así de acuerdo a la penalidad abstracta que tengan asignada en el código o ley de que se trate conforme lo dice en forma expresa el artículo 3° del estatuto en examen (“según la pena que les está asignada en la escalara general del artículo 21”), y no según la pena que resulte finalmente aplicada, una vez utilizadas todas las reglas de determinación concreta en cada caso.”; indicándose más adelante en el motivo 10° de la citada sentencia “que, por consiguiente y siguiendo aquel artículo tercero, un homicidio es un crimen y un hurto es un simple delito, aunque el autor del primero, por las particulares reglas de determinación de la pena del caso de que se trate, le corresponde finalmente una pena inferior al presidio mayor en su grado mínimo, y aunque al autor del hurto, por la cuantía de éste y por algunas de las circunstancias del artículo 447 del catálogo, se le termina



imponiendo una pena superior a presidio menor en su grado máximo.”; y cerrando definitivamente el punto al reflexionándose en el motivo 11° “Que, siendo así, basta atender al tenor literal del artículo 104 del código penal, perfectamente acorde con su espíritu, por lo demás, para comprender que llevan la razón los falladores de instancia, puesto que dicha norma señala que la reincidencia no se tomará en cuenta tratándose de crímenes, después de 10 años. No dice “tratándose de la imposición anterior de penas de crímenes”, sino “tratándose de crímenes”, es decir, atiende la naturaleza penal del hecho y ello está necesariamente conforme a su pena asignada en forma abstracta, por mandato del ya citado artículo tercero. Por consiguiente tampoco esta causal subsidiaria puede aceptarse con lo cual no resta sino declarar el rechazo del recurso.”

En todo caso, para los efectos prácticos de la determinación de la pena, con o sin agravante en estudio (y sin atenuantes a favor del encartado) el tribunal igual podría llegar a imponer la pena de 10 años y un día, razón por la cual aparece como intrascendente finalmente si concurre o no dicha modificatoria de responsabilidad penal”.

Para justificar su recurso el recurrente señala de que la prescripción de la pena se encuentra regulada por el artículo 97 del código penal el cual en lo pertinente señala que “Las penas impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben...”. Cuestión la cual indica claramente que el legislador habla de la pena asignada al delito cometido, pues ello dice relación con el principio de culpabilidad el que se vincula a la reacción punitiva del Estado en contra del justiciable lo que debe traducirse en la medida de castigo por su hecho cometido o de otra manera señalada, sólo por esa falta de motivación normativa que consiste en la dimensión del daño social causado. Luego de citar doctrina pertinente señala que la sentencia impugnada incurre en una errónea aplicación del derecho al estimar que la pena abstracta es la que determina el tiempo por transcurrir para la prescripción de la agravante respectiva. Es más, los plazos de los mismos artículos 94 y 97 del mismo texto legal en los que funda su interpretación la sentencia recurrida, también dicen relación con la pena en concreto aplicada al delito. Es así como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del código



penal, las penas impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben: en 15 años las de presidio, reclusión, y relegación perpetuos; en 10 años las penas de crímenes; en 5 años las penas de simples delitos y en 6 meses las de faltas. Por su parte el artículo 98 prevé que el tiempo de la prescripción comienza a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiese esta principiado a cumplirse. Del tenor literal del artículo 97 antes descrito, es posible concluir que los plazos de prescripción deben evidentemente determinarse sobre la base de penas impuestas como señala textualmente el precepto citado, esto es, la pena en concreto y no en abstracto para el delito de que se trata. A su vez, conforme a lo establecido en el artículo 104 del código penal no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes después de 5 años tratándose de simples delitos. En el caso de marras el sentenciado fue condenado anteriormente en calidad de autor del delito de robo con intimidación, a una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio o, sólo tuvo una pena por simple delito y habiendo transcurrido más de 5 años desde la comisión de aquel delito y la perpetración del ilícito que se revisa en estos autos debe concluirse que no le perjudica al imputado la agravante específica más arriba señalada.

Sostiene el recurrente que al haber considerado esta agravante, los sentenciadores de primera instancia junto con incurrir en un error de derecho, se posicionan en una situación de poder aumentar la pena en un grado, relacionándolo con lo dispuesto en el artículo 449 del código penal, lo que en efecto hicieron, de modo tal que el error señalado ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, esto toda vez que el tribunal de la instancia concluye que si bien puede concurrir la agravante, la pena debe prescindir del grado mínimo, por lo que se impuso en consecuencia la pena tal como se hizo, teniendo en consideración que en este caso concurre un agravante del artículo 12 número 16 del código penal y ningún atenuante, de acuerdo a la regla segunda del citado nuevo artículo 449 del citado cuerpo normativo, que tiene como efecto excluir el grado mínimo de la pena, cual es el presidio mayor en su grado mínimo (de 5 años y un día a 10 años), lo que significa que el rango a imponer va desde el presidio mayor en su grado medio al presidio mayor en su grado máximo, esto es, de 10



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: NQXXXKRDZYW

años y un día a 20 años. Dicho lo anterior es que el tribunal de la instancia ha señalado que la pena habrá de cumplirse de manera efectiva por lo que estima que una pena justa proporcional y suficiente se condice con los 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, tomando para ello en cuenta además que el delito se ha tenido por acreditado en grado consumado y habida cuenta de la extensión del mal causado con el ilícito.

Abona a la tesis de la defensa lo resuelto por la Jurisprudencia, citando un fallo de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en el cual se señala que al aplicar la pena en abstracto, los sentenciadores de la instancia vulneraron el principio de culpabilidad, ya que el tenor del artículo 97 del código penal habla de “penas impuestas” (ICA San Miguel 05.10.2020 rol 2867-2020). Cita además, para robustecer sus tesis, un fallo de fecha 09 de agosto del corriente, rol 1345-2023, de la Excma. Corte Suprema, cuyos considerandos terceros a quinto, se dan por reproducidos en tal sentido.

Señala que la errónea aplicación de las normas infringidas influye lo dispositivo del fallo, por cuanto al haber acogido la agravación de responsabilidad ya indicada, hace aplicable normativamente lo dispuesto en el artículo 449 número 2 del código penal, por tanto, excluye la imposición del grado mínimo de la pena, esto es, de presidio mayor en su grado mínimo, debiendo a juicio de la recurrente ser aplicable la hipótesis del número uno de la regla especial de determinación de pena establecida en el código penal, pudiendo el tribunal, imponer una pena inferior a la ya asignada, considerando que no existirían circunstancias atenuantes ni agravantes de responsabilidad. La pena impuesta del modo en que se efectuó infringe sustancialmente los principios y fines de la pena, así como también el principio de culpabilidad y aplicación de la norma más favorable al reo de conformidad a lo que previene el artículo 18 del código penal.

Dicho lo anterior es que solicita que la decisión impugnada se deje sin efecto toda vez que la pena asignada del modo efectuado por el tribunal *a quo*, produce un inmenso agravio al imputado toda vez que éste deberá soportar una pena que no corresponde aplicar, por lo tanto, las razones esgrimidas —estima— que son suficientes para justificar el recurso de nulidad interpuesto frente a lo cual,



la sentencia recurrida debe ser anulada, debiéndose dictar, sin nueva audiencia pero separadamente la sentencia de reemplazo que se conforme a la ley y al derecho, siendo ésta en definitiva una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

SEGUNDO: Cabe precisar que respecto de la causal de nulidad propuesta, se ha resuelto en nuestros tribunales: “6º.- Que cabe tener presente que el artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. Al respecto la Corte Suprema ha señalado que este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y, en particular, con las consideraciones de derecho tenidas en vista por los jueces del fondo para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea al fijar la naturaleza y el grado de la pena. En resumen, el reproche debe estar referido a una errónea aplicación de la ley sustantiva penal en relación tanto a la calificación jurídica de los hechos como de la participación culpable, o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto. En este entendido, resulta indispensable puntualizar que, frente a la causal invocada, los hechos asentados no resultan modificables en este estadio procesal” (Fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago Rol 5154-2018).

Que además se ha resuelto en nuestros tribunales respecto de la prescripción de la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal: “Sexto: Que en cuanto al yerro jurídico denunciado es pertinente traer a colación las siguientes disposiciones del Código Penal: Artículo 12: “Son circunstancias agravantes: 16a. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”. Artículo 94: “La acción penal prescribe: Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años. Respecto de los demás crímenes, en diez años. Respecto de los simples delitos,



en cinco años. Respecto de las faltas, en seis meses”. Artículo 97: Las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescriben: La de presidio, reclusión y relegación perpetuos, en quince años. Las demás penas de crímenes, en diez años. Las penas de simple delito, en cinco años. Las de falta, en seis meses”. Artículo 104: “Las circunstancias agravantes contempladas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, no después de cinco, en los casos de simples delitos”.

TERCERO: Se advierte que la interrogante que plantea el recurso consiste en determinar si la opción del plazo de diez o cinco años para que prescriba el antecedente pretérito, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 104 del Código Penal, depende de si se toma en cuenta la pena asignada por la ley al primer delito cometido por el encausado (pena en abstracto) o a la pena impuesta por la sentencia que condenó al acusado por ese primer delito (pena en concreto).

CUARTO: En primer lugar es posible señalar que la literalidad de la disposición citada no lleva a ninguna conclusión, a diferencia de lo que ocurre con el texto del artículo 97 del Código Penal que refiere a la expresión “penas impuestas”, desprendiéndose de manera evidente que el plazo de la prescripción de las penas depende de la “pena en concreto” aplicada por el fallo condenatorio. Así se ha escrito en relación a la prescripción de la pena: “En otros ordenamientos jurídicos los plazos de prescripción de la pena son más prolongados que los del delito. Los establecidos en el art. 97 del CP. En cambio, son idénticos a los contemplados en el 94, aunque, por supuesto, en este caso deben determinarse sobre la base de “las penas impuestas” por la sentencia respectiva –es decir, en concreto” (Cury Urzúa, E., Derecho Penal, parte general; Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, página 803).

En la búsqueda de la solución interpretativa, surge el elemento sistemático o del espíritu de la ley y el histórico. En efecto, los artículos 94 y 97 del Código Penal contemplan plazos de hasta 15 años para la prescripción de ciertos crímenes que se consideran de mayor gravedad, en circunstancias que para la



prescripción de la reincidencia no se recoge esa regla y sólo logra alcanzar como máximo el término de 10 años tratándose de crímenes.

Por otro lado, en el texto original del Código Penal se lee que los artículos 94 y 97 establecían plazos de prescripción de 20 años, respecto de crímenes a que la ley impone o la sentencia impusiere pena de muerte o de presidio, reclusión o relegación perpetuos, de 15 años, respecto de los demás crímenes o penas de crímenes y 10 años, en cuanto a los simples delitos o penas de simples delitos, respectivamente. Por su parte, el artículo 104 del Código Penal no ha sido modificado. La reforma de la Ley N ° 11.183 publicada el 10 de junio de 1953 cambió los plazos de los artículos 94 y 97 a su extensión actual, reduciéndolos.

De lo dicho surge que una correcta interpretación del artículo 104 del Código Penal permite arribar a la conclusión de que el legislador desde la dictación del Código Penal ha tratado con menos severidad el plazo de prescripción de la reincidencia que el de la pena o de los delitos. Respetando esa lógica no es posible interpretar la disposición del artículo 104 en términos que en el caso concreto se aplique un plazo mayor de prescripción que el de la de la pena o del delito.

La Jurisprudencia de los tribunales superiores ha recogido la tesis sostenida en este fallo (CA Santiago, ROL 6171-2003), señalando que en los casos previstos en el artículo 105 del Código Penal, “Las inhabilidades legales provenientes de crimen o simple delito sólo durarán el tiempo requerido para prescribir la pena, computado de la manera que se dispone en los artículos 98, 99 y 100. Esta regla no es aplicable a las inhabilidades para el ejercicio de los derechos políticos”, la prescripción de las inhabilidades apareja el desaparecimiento de los efectos de la pena y, consecuentemente, emerge la conducta exenta de mácula del encausado. Así, aplicado al caso de marras, resulta contradictorio sostener que una vez que ha prescrito la pena impuesta — esto es, la pena en concreto— y por lo tanto, desaparecido los efectos de la misma, comenzando nuevamente a validarse la irreprochable conducta del encartado, pueda, al mismo tiempo, estimarse que es reincidente.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: NQXXXKRDZYW

QUINTO: La sentencia impugnada se hace cargo de las alegaciones de la defensa que cuestiona, en el motivo vigésimo, ya transcrito *supra*, de lo cual se colige que —de la lectura de dicho considerando— , se logra advertir efectivamente una errónea aplicación del artículo 104 del Código Penal, que impedía estimar concurrente una circunstancia agravante de reincidencia del artículo 12 N°16 del Código Penal en el presente caso, al encontrarse prescrita dicha agravante, conforme artículo 97 del Código Penal, ya que la sentencia condenatoria dictada en la causa RIT N° 6002/2015, Ruc N° 1501008234-7, del juzgado de garantía de Copiapó, con fecha 16 de agosto de 2016, en donde el encartado de autos fue condenado como autor del delito consumado de robo con intimidación, a una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio pena en concreto que corresponde a una de simple delito y que como tal, prescribe en 5 años y no en 10, como ocurre con las penas de crimen.

Tratándose de una circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal, erróneamente aplicada al condenado **HENCI CARRIZO BARRIONUEVO**, que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al afectar el *quantum* de la pena, procede acoger la referida causal de nulidad y dictar sentencia de reemplazo, como se hará en definitiva.

Por estas consideraciones y con lo dispuesto en los artículos 297, 341, 342 letra c), 373 letra b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por la defensora penal pública doña Dominique Tamara Legisos Soto, en representación del imputado **HENCI CARRIZO BARRIONUEVO**, en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha seis de noviembre de dos mil veintitrés por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó la que es nula, procediéndose a dictar acto seguido sentencia de reemplazo.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

Redacción de la abogada Integrante señorita María Karina Guggiana Varela.

RUC 2200782845-8,

RIT N° 126–2023



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: NQXXXKRDZYW

Rol Corte Penal N° 667-2023.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: NQXXXKRDZYW

Pronunciado por los Ministros: Ministra señora Aida Osses Herrera, Ministra señora Marcela Araya Novoa y Abogada Integrante señora María Karina Guggiana Varela. No firma la señora Osses por encontrarse con feriado legal y la señora Araya por encontrarse con permiso 347 C.O.T., no obstante haber concurrido ambas a su vista y acuerdo. Copiapó, cuatro de enero de dos mil veinticuatro.

En Copiapo, a cuatro de enero de dos mil veinticuatro, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: NQXXXKRDZYW